LA PRUEBA PERICIAL INFORMÁTICA

1. Objeto de la pericia informática

El análisis de los equipos informáticos o dispositivos de almacenamiento de datos (discos duros externos, CD-DVD, memorias USB) intervenidos por la Policía y a disposición de la Autoridad Judicial, en el marco del procedimiento penal abierto para la investigación del delito objeto de la denuncia o atestado.

2. Finalidad de la pericia

-Sobre el equipo o dispositivo: determinar que los archivos informáticos no se han alterado ni manipulado (autenticidad e integridad)

-Sobre el contenido: dependerá del delito que se esté investigando.

*si el software (programa) es el original o una copia no autorizada (ej. Delitos contra la propiedad intelectual).

*fechas de modificación o creación de los archivos, origen y destino de la comunicación (ej. Ataques a la intimidad o al honor por correo electrónico, posesión y distribución de pornografía infantil)

* la existencia de daños en el software (virus informáticos)

*análisis de los enlaces consultados e intercambios de archivos (ej. Delito de pornografía infantil)

*seguir el rastro de la información robada (ej revelación de secretos de particulares o de empresa)

*recuperar archivos ocultos, encriptados o eliminados (ej. Daños a sistemas informáticos, revelación de secretos o distribución de pornografía infantil –SAP Madrid de 21-12-2010).

*Y cuantos otros análisis exija la investigación del delito.

Por ejemplo, en el auto de la AP Castellón de 14 de octubre de 2010 se acuerda la conveniencia de practicar una pericia informática que aclare las insinuaciones de la Guardia civil sobre si el imputado introdujo un programa "espía" en el ordenador de la fallecida Yalennys mediante el cual pudiera controlarlo. Y lo justifica diciendo que "analizado el contenido del informe de la Guardia Civil que por testimonio se acompaña, se entiende el interés del imputado por rebatirlo, pues en aquel se concluye, con el refuerzo de la declaración prestada por otra persona, que efectivamente aquel controlaba las actividades de la fallecida y se servía para ello, entre otros medios, de un programa "espía" que habría instalado en su ordenados dentro de una carpeta insertada en noviembre de 2004 y borrada el 22 del mes siguiente. Estas afirmaciones, de ser ciertas, constituirían un indicio mas de la participación del ahora recurrente en los hechos delictivos origen del proceso, por lo que, siendo que el vaciado del ordenador de aquella no asegura la respuesta a las preguntas que se pretenden responder con la pericia interesada, es menester acceder a la misma por su evidente interés para la causa".

3. ¿Es necesario mandato judicial para la realización de la pericia?

Lo normal será que el Juzgado dicte un auto ordenando realizar la pericia al Grupo de Investigación policial que lo solicite, aunque si la intervención del ordenador o dispositivos informáticos se produce en una entrada y registro a un domicilio o un vehículo, esta habilitación será suficiente para examinar los ordenadores o equipos hallados.

4. ¿A qué peritos se encargan tales pericias por los Juzgados?

A los Organismos oficiales especializados, que son el Departamento de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil (DDT) o Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Judicial, y los departamentos especializados de la Policía Autonómica (Ertzaintza, Mossos D'Esquadra).

Se presume su imparcialidad, salvo prueba en contra.

Si bien debe hacerse la pericia por informáticos distintos de los que realizaron la intervención.

5. ¿Es necesaria la intervención de dos peritos en el sumario?

Dicha exigencia viene marcada por el art. 459 LECr.

Se ha atemperado por la Jurisprudencia en el caso de los Laboratorios Oficiales.

En el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999 se interpretó que "la exigencia de una duplicidad de peritos en el procedimiento ordinario se rellena con su realización por un laboratorio oficial cuando éste se integre por un equipo y se refiere a criterios analíticos."

Tal criterio se ha consolidado en las sentencias posteriores. Como ejemplo, *Sentencia 1302/ 2005*, que señala que: "Precisamente, por las condiciones de laboratorio público, dotado de la imparcialidad que caracteriza la función de la administración pública, y por la naturaleza oficial del laboratorio, que incorpora a varios profesionales que trabajan en el mismo, la jurisprudencia de esta Sala ya admitió que los informes periciales firmados por una .persona, como responsable del laboratorio oficial, rellenaban la exigencia de pluralidad de peritos que exige el art. 459 para las causas tramitadas en el procedimiento ordinario por delitos". Doctrina que ha sido recogida en otras resoluciones, como las Ss TS 1081/2004, de 30 de septiembre, y 1365/2003, de 17 de octubre, que, muy clarificadoramente, señala que "Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 806/1999, de 10 de junio, que la exigencia de dualidad de peritos en cada dictamen pericial obedece a la mayor garantía de acierto que representa la posible coincidencia de pareceres de dos peritos frente a la opinión única, y a las mejores condiciones de objetiva valoración que para el Tribunal representan las posibles divergencias y opiniones encontradas de dos peritos intervinientes. De lo que se trata es de reforzar la eficacia, el acierto y el rigor técnico de los dictámenes periciales, sin que por ello se haga de la dualidad de peritos una condición inexcusable de la necesaria garantía puesto que el párrafo segundo del propio art. 459 exceptúa el caso de que no hubiese más de un perito en el lugar y no fuera posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario. En todo caso si el fundamento de la exigencia se halla en la mayor probabilidad de acierto que representa el

trabajo realizado por varios, la finalidad de la norma queda satisfecha en el caso de dictámenes periciales emitidos por Órganos Oficiales dotados de equipos técnicos altamente cualificados integrados por distintos profesionales que intervienen como tales participando cada uno de sus miembros en el trabajo común dentro de la división de tareas o funciones. En tales casos el mero dato formal de estar suscrito el informe por uno solo de los profesionales del equipo –normalmente el que ejerce facultades representativas del Laboratorio u Órgano informante, como 'Responsable" o "Jefe" del Servicio de que se trate- no puede ocultar que el dictamen no es obra de un solo individuo, es decir, de un perito, sino del trabajo en equipo normalmente ejecutado según procedimientos científicos protocolizados en los que intervienen varios expertos, desarrollando cada uno lo que le compete en el común quehacer materializado por todos. En estos casos no es que no sea aplicable el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sino que debe entenderse satisfecha la exigencia que el precepto contiene".

La actuación en juicio de un solo perito no afecta a la validez de la prueba ni tampoco vulnera la tutela judicial efectiva si no produce indefensión.

Doctrina recogida por la jurisprudencia menor, pudiendo citarse entre las más recientes la *SAP de Madrid de 8-11-11*, que recogiendo el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 21-05-99, punto 2, que afirmó la innecesariedad de ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno, establece que "es el caso de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, basados en conocimientos especializados, que no precisan de ratificación para ser valorados, salvo en caso de impugnación tempestiva y con contenido material (SS. 21.1.2005 en relación con informes lofoscópicos y de 27.11.2000en cuanto a informes de Gabinete de Balística). Como justificación, se invoca la condición de funcionarios públicos de quienes los elaboran, la consiguiente presunción de imparcialidad, su especialización técnica, y adscripción a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis y la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la denominada "prueba preconstituida" (SSTS. 12.95,6.6.96,10.6.99,28.6.2000,16.4.2001,31.1.2002,25.1.2005,31.1.2008,1.6.2009).

6. Cómo se garantiza la contradicción en juicio?

La defensa puede proponer una contrapericia o impugnar expresamente la pericial oficial, impugnación que debe hacerse en el escrito de calificación en el que debe proponerse la práctica de la pericial para el juicio oral, a fin de someter al perito al interrogatorio oportuno (SSTS 1-02-1995).

7.¿Es admisible que se designen Peritos a técnicos informáticos de un organismo oficial perjudicado por el delito?

Nada obsta a su validez (STS 15-11-99) siempre que tuvieren conocimiento las partes, a fin de poder ejercitar la recusación, si media parentesco o es Letrado del acusado (arts. 416, 464 y 468 LECR.)

(SAP Barcelona (en anexo) sobre peritos-Inspectores de finanzas en un delito fiscal y STS sobre peritos de centros oficiales).

Realización por la AEAT del análisis de discos informáticos, listados, facturas y diversa documentación recogida en el curso de una Inspección Tributaria (SAP Zaragoza

STS 23-04-2004 y ATC 115/2008 de 28-04-2008

8. Cabe nombrar como Peritos a expertos (Ingenieros en Informática o Técnicos en Informática) para que auxilien a la comisión judicial en las entradas y registro?

Es admisible.

Acompañan a la Policía como Peritos Judiciales.

Puede ser conveniente en la investigación de determinados delitos (ej propiedad intelectual).

Deciden los efectos a intervenir y a custodiar, cabe que la custodia de la prueba la tengan ellos hasta la práctica de la pericia. Debe documentarse esa entrega de la Policía a los Peritos, para asegurar la cadena de custodia.

9. Validez de las pericias particulares.

Suelen acompañar a las denuncias por delitos cometidos por medios electrónicos o informáticos.

Problemas procesales:

-el relativo a la conservación de la cadena de custodia del material objeto de la pericia. ¿Cómo se asegura que no ha sido manipulado? Se aconseja acudir a la intervención notarial o incluso al depósito en las dependencias policiales antes de hacer la pericia, si no su validez se verá reducida.

No obstante, cabe que el Juez acuerde una contrapericia que encargue a un Cuerpo Policial o de la Guardia Civil.

- posible ilicitud de la prueba, si se incide en el análisis de datos personales se puede estar afectando a la intimidad o al secreto de las comunicaciones (art. 18.1, 3 y 4 CE). Al no venir amparado por resolución judicial, se vería viciada de nulidad radical (art. 11.1 LOPJ).

10. Validez de la prueba: Garantizar la cadena de custodia sobre el objeto de la pericia y el volcado de datos en una copia de seguridad. Se pierde fiabilidad en el valor probatorio de la pericia si no hay garantías de ausencia de manipulación.

¿Que es la cadena de custodia?

Desde que se intervienen los equipos o el material informático por la Policía hasta que se entrega a los Peritos para su examen debe garantizarse que lo examinado es exactamente lo ocupado, es decir, que no ha habido manipulación.

Para ello, en la intervención se debe proceder al bloqueo y precinto de cualquier ranura o puerto, a presencia del Secretario Judicial, procediéndose igualmente al desbloqueo cuando vaya efectuarse la pericia, si bien tal examen se hará por medio del volcados de datos en un soporte legible, siendo sobre esta copia sobre la que trabajará el perito, conservándose el original en el Juzgado, disponible por si quieren las partes proponer una contrapericia.

11. ¿La ausencia del Secretario Judicial en la diligencia de volcado de datos invalida la prueba?

No, porque su presencia no es necesaria durante el desarrollo de un proceso que es largo y además muy técnico y al que nada puede añadir ni tiene conocimientos para controlar. Ahora bien, sí es conveniente que se haga un resumen digital o hash del disco original y otro de la copia y si coinciden eso garantiza que no ha habido manipulación.

12. ¿Pueden estar presentes las partes durante la realización de la pericia?

Sí, tanto la acusación como la defensa pueden concurrir con su representación, debiendo solicitarlo

cuando se les notifique la resolución judicial que acuerde la confección de la pericia.

13. ¿Puede practicarse como prueba preconstituida?

Normalmente no será reproducible en el juicio oral por lo que deberá estar presente el Secretario Judicial para tener plena validez probatoria.

14. ¿Cómo pueden las partes ejercitar su contradicción?

Emitiendo observaciones durante la realización de la pericia (art. 480 LECr.), interrogando al perito al emitir sus conclusiones cuando acude a ratificar el informe al Juzgado (art. 483 LECr.) ó aportando una contrapericia.

15. Contenido del informe pericial

El art. 478 LECr. dispone que debe comprender: la descripción del objeto en el modo o estado en que se halle, una relación detallada de las operaciones que se realicen y su resultado y las conclusiones conforme a los principios y reglas de su ciencia y arte.

16. ¿Cabe su práctica como prueba anticipada?

Sí, a propuesta de las partes si se teme que no va a poder practicarse en juicio oral o va a motivar una suspensión.

17. Es necesario proponerla en los escritos de calificación?

NO, en el ordinario puede acordarla también el Tribunal de oficio si la considera necesaria para comprobar algún hecho (art. 729.2 LECR).

Y en el abreviado las partes también pueden proponerla al inicio del juicio oral

18. ¿Es necesaria su práctica en juicio oral?

Sí, salvo en los supuestos de prueba preconstituida o anticipada.

En estos casos se aportará como documental y será evaluable en sentencia sin necesidad de ratificarse en juicio el perito

Sólo cuando alguna de las partes lo impugne en el escrito de conclusiones deberá ser traído al juicio a ser sometido a contradicción (STS 27-12-2006)

19. Posibilidad de intervención pericial por videoconferencia (arts. 325 y 731 bis LECR.)

Sí, para la emisión, ratificación y sometimiento a contradicción.

Cuando se acuerde por el Juez o Presidente del Tribunal

Cuando concurran razones de utilidad, seguridad u orden público así como cuando la comparecencia resulte gravosa o perjudicial

Para toda clase de peritos, particulares y oficiales

20. La falta de exhibición en juicio del material o soporte informático para examinar la información y datos sobre los que versó la pericial ¿priva de validez al informe pericial?

No, la defensa debe solicitar las comprobaciones oportunas en instrucción o bien pedir una contrapericia, no admitiéndose la alegación en juicio relativa a inexistencia del ordenador en la sala sin concretar extremos que desee comprobar cuando además puede interrogar al perito

21. Impugnación por la defensa. Tiempo y forma. Eficacia.

Teniendo a la vista la doctrina contenida en la STS de 30 de marzo de 2011 sobre los distintos supuestos de pericia, nos encontraríamos con:

-Pericias preconstituidas, tal y como las denomina el Tribunal Constitucional, que remite al art. 726 para su valoración (ATC. 26.9.2005 con cita AATC. 164/95 de 5.6 y 393/90 y SSTC. 24/91 y 143/2005), que comprende pautas de asistencia, informes forenses, tasaciones practicadas por perito judicial, actas policiales, entendiendo por tales aquellas actuaciones policiales objetivas e irrepetibles (STC. 303/93, recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia). No precisan ratificación si no son impugnados

materialmente, no bastando la mera impugnación formal.

Deben considerarse como tales las actas policiales de recogida de discos duros, archivos, etc. así como las diligencias de volcado de datos.

-Periciales documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 21.5.99, punto 2, afirmó la innecesariedad de ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno.

-Otras pericias, documentadas o no, sometidas a la necesidad de ratificación en el juicio oral.

Respecto a las exigencias de la impugnación por la defensa, se sigue una tesis laxa (por contraposición a la estricta, aplicable a las pericias del art. 788.2 LECR.), basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento pierda su eficacia probatoria y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y practica de la prueba en el proceso penal (STS. 584/2003 de 16.4), por lo que "no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado" y que "el acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con la aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia". (SSTS. 1148/2003 de 5.11,1520/2003 de 17.11,1511/2000 de 7.3).

La diferencia esencial respecto de otras pericias radica en que la emitida por Centros oficiales no precisa, en caso de ausencia absoluta de impugnación, ratificación (entre otras muchas SSTS. 23.10.2003,5.11.2003,16.1.2004,22.5.2009)."

22. Valoración judicial de la pericia informática

Es prueba plena y será valorada libremente conforme a las reglas de la sana crítica y en conciencia lógica.

23. Cabe calificar como prueba pericial a la denominada prueba de inteligencia policial?

El Tribunal Supremo *se ha inclinado en otras sentencias -**119/2007,556/2006y1029/2005**-*, por no calificar estos informes de inteligencia como prueba pericial, precisando que: "es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de examinar improntas dactilares. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio. Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical, apta para ser valorada por el juez o tribunal, directamente y por sí mismo".

Precedía a este argumento de **la *sentencia nº 1029/2005, de 26-9***, el siguiente: "resulta más que problemático que aquí pueda hablarse de pericial en sentido propio. En efecto, no parece discutible que el perito es un auxiliar experto que suministra al juez conocimientos especializados de carácter científico o técnico, de los que él no dispone, y que son necesarios para formar criterio sobre el thema probandum. Así, en el proceso, es pericia la que se emite a partir de saberes que no son jurídicos y que tampoco corresponden al bagaje cultural del ciudadano medio no especialista.

Consecuentemente, no pueden darse por supuestos y deben ser aportados al juicio, para que su pertinencia al caso y su concreta relevancia para la decisión sean valorados contradictoriamente (...)".

Y concluía: "Por tanto, el agente policial exclusivamente dedicado a indagar sobre algún sector de la criminalidad, podrá tener sobre él más cantidad de información que el tribunal que enjuicia un caso concreto relacionado con la misma. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio. Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical apta para ser valorada por el juez o tribunal, directamente y por sí mismo".

Ahora bien, aun cuando la *sentencia* ***119/2007*** **niega** la condición de prueba pericial a estos informes, sí precisa que: "participan de la naturaleza de la prueba de indicios, en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre determinadas personas y actividades. Y esos datos, si son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho, siempre que éste fluya del contenido de todos esos elementos valorados por el órgano sentenciador".

En definitiva -concluye el Tribunal Supremo-se trata de un medio probatorio que no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos **informes personas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribuna**l, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala.

Esencial será constatar si las conclusiones obtenidas por los funcionarios actuantes pueden ser asumidas por el Tribunal a la vista de la documental obrante en la causa y del resto de las pruebas practicadas en el plenario, esto es, si se parte de su consideración como testifical donde debe ponerse atención es en el examen de los documentos manejados por los funcionarios policiales.

En este aspecto hace particular hincapié **el *Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de mayo de 2009 recaída en el denominado caso "EKIN", literalmente citada en la nº 985/2009*, de 13 octubre.**

En efecto, dice aquélla que "Estas investigaciones, y sus resultados expuestos en cada proceso por medio de informes escritos y luego trasladados al juicio oral mediante las declaraciones testificales de sus autores, pueden tener valor como prueba de cargo, evidentemente no como manifestación de las opiniones personales de estos testigos, sino por los documentos manejados que constituyen el fundamento de esas opiniones".

"Siendo así, decaerá la pretensión impugnatoria de los recurrentes, tanto si se considera centrada en la exclusiva consideración de la prueba (en realidad específica e innominada legalmente, que participa de una naturaleza como de la otra) como pericial, en cuyo caso habría que estar a lo argumentado por la sala de instancia, como, sobre todo, si se parte de su consideración como testifical, como también insinúan los recurrentes, dado que, en tal supuesto, donde hay que poner la atención es en el examen de los documentos manejados por los funcionarios, sobre su aportación, y, a partir de ellos y de los indicios de este modo proporcionados, en la corrección de las inferencias realizadas por el tribunal de instancia."

"(...); a diferencia de lo que ocurriría con otras pruebas periciales que aporten aspectos científicos o técnicos inaprensibles, por puras limitaciones de la inteligencia humana, por los Tribunales, el componente pericial de los informes de inteligencia, exclusivamente limitado al tratamiento, agrupación y análisis de información con arreglo a experiencia, y, lo que es más importante, los juicios de inferencia alcanzados a la luz de todo ello, resultan fiscalizables en todos sus aspectos por la Sala sentenciadora."

Como concluye la segunda de las sentencias últimamente citadas, ello remite, en última instancia, al valor de la documental utilizada por los peritos.

Sobre este particular, **la *sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 2007***(RJ 1771/2007) contiene la siguiente afirmación:

"Precisamente por ello (...), concurriendo estas circunstancias, podrá entenderse que los informes mencionados pueden equivaler a una verdadera prueba pericial, siempre y cuando el objeto de la misma, la

documentación, haya sido incorporada a los autos, es decir, lo que es objeto de la pericia (documentos incautados) debe estar a disposición de las partes".

A la luz de la jurisprudencia que antecede, no puede este Tribunal menos que considerar legítima la pretensión del Ministerio Fiscal de que se procediera a la admisión como tal prueba de inteligencia policial de los diversos informes que han sido emitidos por los agentes investigadores, con el auxilio de funcionarios de la AEAT (pretensión innecesaria por demás en tanto que los informes forman parte de la causa desde el momento de su respectiva incorporación a la misma).

Cuestión distinta es la valoración que nos hayan de merecer atendidas, de un lado, la posibilidad de contraste entre las opiniones emitidas por los funcionarios y la documentación utilizada a tal fin, y, de otro, la manera en que aquellos (citados por el Ministerio Fiscal en calidad de testigos) han depuesto en el acto del juicio.

Por lo que respecta al contraste, hemos de traer a colación necesariamente lo sucedido con la ordenación de la documentación que, como piezas de convicción, acompañaba a la causa. En opinión de este Tribunal, lejos de adoptarse las medidas necesarias a fin de preparar el juicio oral y, en concreto, la exhibición de aquellos documentos -prácticamente todos-cuya legitimidad, tanto constitucional -por la procedencia de los registros-como ordinaria ha sido cuestionada por todas y cada una de las defensas, se supeditó su orden a la estructura de la propia investigación, dando por buena la forma en que quedaron a disposición de los agentes investigadores y en que estos los devolvieron al instructor. Como resultado de ello, únicamente acudiendo a los informes policiales, y sólo de manera parcial, dado que no siempre se recoge la reseña de documentos -que, como también se dijo, lo es de los considerados relevantes-podía llegar a consultarse -no sin una previa y penosa búsqueda-el documento original.

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

SAP BARCELONA

No puede prosperar la pretensión que invoca la nulidad de su pericia con fundamento en que actuaron como agentes investigadores, cuestión ésta ya resuelta en el *Auto dictado por este mismo Tribunal de fecha 23.07.2009*, y que la Defensa trata de resucitar procesalmente, de reavivar en habilidosa estrategia, pero ingenua por improsperable vía inadecuada, a través de otro conducto procesal y a cuyo Auto, en lo menester, nos remitimos y que aquí damos enteramente por reproducido, en aras a la economía procesal, que resolvía en aquél momento procesal sobre la recusación de los peritos y que nuevamente debe desestimarse con fundamento en el *art. 336 Lecrim y 456* Lecrim, recordando que **la actuación de estos peritos en la recogida de los documentos que son susceptibles de operar como prueba**, tal y como manifestó el Ministerio Fiscal, es similar a las funciones que realiza el médico forense o la policía judicial en las diligencias de inspección ocular, levantamiento de cadáver y autopsia, admitidos como prueba pericial, sin que a este Tribunal le conste impugnación de estos profesionales en otros Tribunales por la causa aquí alegada.

En efecto, y a fin de agotar la respuesta jurisdiccional a las reiteradas alegaciones de la defensa relativas al **cuestionamiento de la parcialidad de los peritos**, debemos señalar, con mención expresa de **la *STS de 30 de abril de 1999* que** la misma ya establecía que la admisión como perito de **un Inspector de Finanzas del Estado en un delito fiscal**(lo cual también resulta predicable por extrapolable a los delitos imputados en esta causa), no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo precisamente a que como funcionarios públicos deben servir con objetividad los intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa o contraprueba replicante a la ofrecida por el Ministerio Público o la acusación particular.

La vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejercita el "ius puniendi" o con un

sector concreto de la Administración pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie (sea la protección de la naturaleza en un delito ambiental, la sanitaria en un delito contra la salud pública o la fiscal en un delito contra la Hacienda Pública) no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita ni contamina ni predispone a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley(***STS 1688/2000 de 6 de noviembre***).

Conforme a este criterio Jurisprudencial, **la cualidad de funcionario público de los Inspectores de Finanzas que actúan como peritos en un delito fiscal no constituye causa de recusación ni determina pérdida de imparcialidad.** Ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que su dictamen se someta al procedente debate contradictorio, como aquí acontece y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes. Lo cual debe adicionarse a lo ya razonado en sede de cuestiones previas, en el pórtico del acto solemne y plenario del juicio oral, cuando afirmamos que la vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejercita el "ius puniendi" o con un sector concreto de la Administración Pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie no genera en absoluto interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal que promueve el interés público tutelado por la ley y/o de las Acusaciones personadas, dado que ni constituye causa de recusación ni determina pérdida de imparcialidad ,en este caso, de los funcionarios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria colaboradores de la Fiscalía para la represión de los delitos económicos.

Por tanto, no cabe excluir una fuente de información tan valiosa y de suma utilidad, dada la naturaleza de los ilícitos que son objeto de análisis, como es la contrastada aportación técnica de tales profesionales, Inspectores de Hacienda, en un asunto, repetimos, de la naturaleza y ardua dificultad y complejidad como la enjuiciada, en la que los

miembros del Tribunal necesariamente precisan de dicha prueba pericial.

Por otra parte, el que determinados peritos formaran parte del equipo investigador de las posibles infracciones delictivas en un momento inicial, en la génesis de la investigación, en las diligencias aperturadas por la Fiscalía Especial Anticorrupción tampoco ello entendemos ha de empecer ni debe "per se" poner en solfa su profesionalidad, honestidad, probidad ni poner en duda su deber de imparcialidad y objetividad.

Cabe concluir, pues, en línea con la **tesis** sino unánime, si **mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo**, que los informes rendidos por los Inspectores de Hacienda que han participado en las **investigaciones previas** llevadas a cabo por la Fiscalía, constituyen prueba válida, y, por ende, apta como material probatorio incriminatorio para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, conforme a **las *SSTS 6.11.2000* y *8.5.2001***, entre otras, y todo ello obviamente sin perjuicio de la necesidad de que sus dictámenes, como ha sido el caso, hayan sido sometidos al procedente debate contradictorio en el plenario, mediante pericial conjunta interactuada por todos los peritos informantes, tanto los propuestos por las acusaciones, como los aportados por las Defensas de los acusados y sin perjuicio, claro está, de la valoración judicial conforme a los postulados de las reglas de la sana crítica, y, naturalmente, sin perjuicio del derecho de la parte, como así ha sucedido, de proponer prueba pericial alternativa confrontadora a la ofrecida por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado.

Por lo demás, el que los peritos informantes por su condición de Inspectores de Hacienda hayan tenido un contacto previo con el objeto del proceso y pertenezcan a un organismo directa y estrechamente vinculado a los intereses de una parte, como es la Abogacía de Estado que defiende los intereses de la Agencia Estatal Tributaria tampoco les inhabilita " per se" para actuar en calidad de peritos, pues ello de por sí no predetermina ni un prejuicio, ni pérdida de objetividad ni de imparcialidad si bien, de "lege ferenda", el "desideratum" pasaría por crear cuerpos de funcionarios, facultativos expertos, no pertenecientes a la Agencia Tributaria y claramente desvinculados de la Abogacía del Estado, a fin de evitar

que en el futuro se susciten cuestiones receladoras de la profesionalidad, honorabilidad e imparcialidad de dichos profesionales que, en el caso actual, si por algo se han destacado en este juicio ha sido precisamente por su rectitud, rigor profesional y científico, probidad y honestidad.

De otra parte su contacto con el objeto del proceso lo ha sido por pertenecer al mismo cuerpo de inspectores de hacienda, al que también pertenecen parte de los acusados, pues se enfrentaron con el objeto del proceso no como un actuario cuando declara en un proceso penal en relación a la inspección practicada que acabo en querella de la Fiscalía, sino como peritos ajenos a las inspecciones, pues no las realizaron, sino que han aportado a los sucesivos Organos Judiciales -instrucción y juicio oral- sus conocimiento en proceso de inspección, tanto desde el inicio del procedimiento, en fase de instrucción, en los términos prevenidos en el *artículo 336* Lecrim, sino también en el juicio oral. Esto es no analizaron lo que ellos hicieron y sobre eso aportaron sus conocimientos, sino que sobre lo que hicieron otros inspectores, por tanto se aproximaron al objeto del proceso en iguales términos que los peritos médicos analizan y emiten sus juicios de valor, sobre hechos en delitos relativos a imprudencias médicas.

Respecto a la nulidad de su pericia, por consiguiente, este Tribunal considera que se pretende traer nuevamente, reactivar un tema ya resuelto por la Sala, por otra vía y de forma artificiosa, torticera y subrepticia, tratando de someter a debate la recusación ya resuelta, y, por tanto, también debe ser rechazada de plano, pues ello entraña un fraude de ley o ejercicio abusivo del derecho proscrito por el *art. 11.2 de la L.O.P.J.*

SAP MALAGA 31 de marzo de 2011. APLICACIÓN DOCTR. TS SOBRE INTELIGENCIA POLICIAL. TRATAMIENTO DE LA DOCUMENTACIÓN INFORMÁTICA

El modo de proceder con respecto a los documentos informáticos y, en concreto, a los soportes que los contenían, fue descrito por diversos testigos.

En sesión de 18-5-10, el agente del CNP NUM156 dijo que él se centró en el registro de DVA en Gómez de la Serna pero coordinaba todos (hubo más de 20); que durante el registro se procedió al volcado de soportes informáticos. A tal efecto, consiguieron unos discos duros externos para el volcado de los ordenadores e hicieron dos copias, una para la sede judicial, garantizando así la cadena de custodia, y otra para trabajar.

Expresamente aclaró, con referencia al acta de registro que obra en el folio 1775, que no se hizo el volcado de los discos en el lugar del registro, sino que se llevaron los originales al Juzgado y allí hicieron una copia. Manifestó que la copia no llevaba huella digital dado que era una copia de trabajo y el original quedó en el Juzgado.

En sesiones de 18 y 25-5-10, el agente NUM157, que estuvo presente en el registro de la sucursal de DVA en S.Pedro de Alcántara, dijo que en este caso sí se hizo el volcado de los discos, manteniendo la custodia policial visada por la secretaria del juzgado. Aclaró que a dicho registro acudieron a tal efecto técnicos informáticos.

En sesiones de 25-5 y 8-6-10 declaró el agente NUM099 , quien aclaró que no fue él quien hizo el volcado de los discos, si bien aseguró que los documentos sacados de los discos duros se imprimieron (la respuesta no parece casar con la circunstancia de que no se haya podido hacer uso de los mismos, desconociéndose, en cualquier caso, en qué lugar de la causa se encuentran los documentos en papel, a salvo aquellos directamente incorporados a los informes policiales).

Sí estuvo a cargo del volcado de

los discos el agente NUM181 . En la sesión de 16-6-10, el agente NUM178 , que participó en el registro del despacho de La Cenia, fase II, en Alicante, acompañando a la comisión judicial del Juzgado de Orihuela, manifestó que grabaron parte de los discos duros en un CD; que se extrajeron los discos de 4 ordenadores, se sellaron y se precintaron - por ello no se hizo huella digital-y que el copiado de los ordenadores lo hicieron los mismos funcionarios del CNP, que tenían suficientes conocimientos informáticos. Finalmente todo se remitió a Marbella.

En sesión de 21-6-10, declaró el agente del CNP NUM182 , perteneciente a un grupo, dentro del CNP, de técnicos y facultativos que dan apoyo técnico. Intervino en el registro de una vivienda en la Urbanización Mirador del Príncipe, el domicilio de Felix Secundino , y también en el registro de la sede de DVA en San Pedro de Alcántara. Su cometido era el apoyo del grupo operativo, identificando elementos técnicos informáticos para ver si era posible el trasvase de datos o era preciso llevarse el elemento mismo. Manifestó que, según cree, se intervinieron los discos duros de los ordenadores. A pregunta de la defensa de Jose Eutimio , aclaró que los CDs empleados eran de una sola escritura y como las copias de los discos se sellaron, no hizo falta hacer el "Hash" o huella digital.

En la sesión de 22-6-10, el agente del CNP NUM183 , que participó en el registro de un despacho de DVA en Orihuela, Alicante, declaró que se hizo el volcado de la información de los ordenadores a CDs y DVDs; luego se ocuparon los discos duros y se sellaron; que el volcado se hizo con los mismos programas de los ordenadores.

En opinión de este Tribunal, parece claro que se procedió a intervenir los discos duros de los ordenadores cuando no el ordenador mismo así como algún "pen-drive", se precintaron y posteriormente fueron volcados sus contenidos en soportes diversos, lo que se

realizó en el Juzgado, bajo la fe de la Secretaria.

Así se desprende de las actas obrantes en los folios 4960 a 4977, Tomo 14, actas correspondientes a los días 7,11,12,13,15,18 y 20 abril de 2005.

La primera de ellas se extendió en los siguientes términos:

En Marbella, (Málaga), en la sede de los Juzgados de Instrucción, sita en la Calle Mayorazgo 20 de Marbella, siendo las diez horas del día de la fecha constituida la Comisión Judicial por la Secretaria del Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella (Málaga) y los funcionario de la Brigada de Investigación Tecnológica de la Comisaría General de Policía Judicial con números de carné profesional NUM184 y NUM185 se procede a la copia de distintos dispositivos informáticos intervenido en el registro de la Oficia de DVA Lawyer de Marbella (Málaga), calle Ramón Gómez de la Serna 8 y de varios domicilios de Sotogrande, Marbella y Estepona que figuran reseñados en el Oficio de la Sección de Delincuencia Económica de Málaga remitido a este Juzgado con Registro de Salida 10.978/05-JM Se procede al desprecintado de los sobres y copiado de los distintos dispositivos utilizando las herramientas y procedimientos que se detallan en hoja anexa.

Se significa que el contenido de los Pendrives que se reseñan ha sido copiado en uno de los Discos duros para que no se haga necesaria la entrega de los dispositivos originales a las partes.

Siendo las 12:00 horas del día de la fecha se cierra el presente Acta, que consta de dos

página escritas por su anverso, procediendo nuevamente al precinto de todos los discos duros y dispositivos, que quedan en poder del Juzgado de Instrucción 5 de los de Marbella (Málaga), siendo firmada por los actuantes, de lo que doy fe.

A continuación, en el folio siguiente, se contiene un cuadro que recoge la marca, modelo, capacidad, nº de serie del soporte a clonar y las observaciones precisas en cuanto a la operación.

Con independencia de que hubiese sido aconsejable que, además de los agentes del CNP encargados de la investigación, estuviesen presentes en el acto los mismos interesados y/o sus respectivos abogados, la cuestión que se plantea con respecto a este medio de prueba tiene relación con el tratamiento posterior, especialmente, como ocurre con el resto de la documentación, con el conocimiento que las partes han podido tener del contenido de los discos y con el modo de hacerlos valer en juicio.

Como se desprende del contenido de la causa, y pese a que un agente del CNP así lo asegurara, no se procedió a imprimir los documentos contenidos en los discos, ni siquiera de los que se consideraron relevantes para la investigación. Con criterio desigual, los agentes investigadores citaron en ocasiones la ruta informática -muchas veces de manera incompleta-y, en el algún caso, procedieron a reproducir el documento como parte del informe mismo. En definitiva, y como sucedió con los documentos en papel, la única referencia válida para localizar los que se citaban en los informes era el informe mismo, habiéndose limitado el Juzgado instructor a remitir los discos -numerados como cualesquiera otras piezas de convicción, entre las que se encontraban igualmente los muchos documentos procedentes de los registros-a este órgano.

Si el modo en que se remitió la

documental obligó a actuar en la forma en que acordamos en*auto de 22-3-10*, podrá comprenderse la urgencia de que, quien pretendiese hacer valer alguno de los documentos contenidos en los discos, procediese a su identificación.

Pues bien, conforme puede leerse en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal, ninguno de los documentos informáticos interesó a su representante que se limitó a señalar folios de los autos principales sin mención alguna, ni de las bridas, ni de los discos.

Por su parte, la Abogacía del Estado se limitó en igual trámite (folio 69951) a pedir como documental la "lectura de los folios que se señalan en el escrito de calificación de Ministerio Fiscal"

Posteriormente, cuando se abrió el trámite de examen de documentos por *auto de 22-3-10*, el Fiscal presentó un escrito en el que detallaba una serie de los archivadores en que por los funcionarios adscritos a este Tribunal se habían distribuido las bridas, en tanto que la Abogacía del Estado, que ni siquiera llegó a examinar documento alguno, nada alegó. Es de todo punto inadmisible, por ello, que, habiendo rechazado la oportunidad de señalar los de su interés, esta acusación, que limitó su presencia e intervención al apartado de los delitos contra la Hacienda Pública, recordase la obligación de que las piezas de convicción estuviesen a disposición de las partes en el acto del juicio, pues, en tanto este Tribunal cumplió con los dispuesto en la LECRim a ese respecto, fue la inactividad de la parte lo que determinó su falta de instrucción sobre el contenido de los soportes informáticos.

Ese escrito del Ministerio Fiscal, en el que nada se decía de los documentos informáticos, fue

contestado por este Tribunal por medio de providencia de 20 de abril en los siguientes términos:

"Dada cuenta del anterior escrito del Ministerio Fiscal por medio del cual ha seleccionado la documentación de la que pretende hacer uso en el juicio oral de la presente causa, únase al rollo de su razón.

Visto que la referida relación comprende unos 230 archivadores y que cada uno de estos contiene entre 300 y 400 documentos, resultando, en definitiva, que son entre 80.000 y 100.000, aproximadamente, los indicados en el citado escrito, comuníquese a la mayor urgencia al representante del Ministerio Público la imposibilidad de llevar a cabo su "digitalización" así como su encuadernado en el tiempo que resta hasta la reanudación del juicio.

Por otra parte, hágase saber a dicho representante que, conforme puso de manifiesto este Tribunal en su auto de fecha 22-3-10, la referida documentación fue remitida por el Juzgado de Instrucción sin foliar, de modo que la identificación de cada documento para su exhibición durante las sesiones del juicio en las actuales condiciones resultaría en extremo difícil y penosa".

Por su parte, la defensa de Felix Secundino , aprovechando el trámite complementario de proposición de prueba que siguió al examen de la documental, había solicitado, entre otras cosas, "el volcado del contenido de los diskettes y discos duros", lo que fue denegado por auto de 30-4-10 (fundamento 2°) en los siguientes términos:.

"A)-Por lo que respecta a las propuestas por la defensa de Felix Secundino , no cabe admitir ninguna de ellas. En efecto, las que se solicitan como anticipadas I, II, III y IV no son verdaderas pruebas,

sino diligencias materiales propias de la instrucción que no pueden ser suplidas por este Tribunal, que lo es de enjuiciamiento. Así ocurre, en efecto, con el "foliado y unión a las actuaciones como documental ... de la documentación que obra en las denominadas piezas de convicción", "el volcado del contenido de los diskettes y discos duros" y la entrega a la parte de determinadas carpetas que, al parecer, no figuran entre la documentación aneja a la causa.

En tanto que la proposición de la primera de ellas supone un deliberado, total e incomprensible desconocimiento del contenido de nuestro auto de 22-3 en el que fue el mismo Tribunal el que, admitiendo que la falta de foliado de los documentos supondría un obstáculo para el desarrollo del juicio oral, requirió a las partes para señalar los particulares de la misma que habrían de ser utilizados y/o exhibidos en el acto del juicio haciendo extensiva a todas ellas la parcial posibilidad de complementar sus respectivos escritos de defensa, la segunda (la del apartado II) no guarda relación siquiera con esa primera cuestión previa resuelta entonces. Se trata, como puede verse, de una novedosa propuesta que no puede encontrar apoyo en el conocimiento adquirido ahora sobre la relación de piezas de convicción pues ello equivaldría a negar que la parte no supo en momento alguno del proceso que los soportes informáticos de que habla habían sido intervenidos por los agentes del CNP".

A la vista de estos antecedentes, en particular la circunstancia de no haberse identificado archivo o archivos concretos, ni examinado el contenido de los discos por parte alguna, era de rigor colegir que no existía intención por parte de las acusaciones ni de las defensas de servirse de los documentos informáticos.

Y en efecto transcurrieron las sesiones del juicio sin que se hiciese mención de aquéllos hasta la del día 19-10-10, la primera de las

correspondientes a los delitos fiscales, en que este Tribunal se vio sorprendido cuando la representante del Ministerio Fiscal interrogó al acusado Felix Secundino sobre determinados documentos informáticos que no pudieron ser exhibidos dado que en ese momento, y por no haber sido advertido previamente, no se disponía de los medios necesarios.

El primero de esos documentos es el que se describe en el párrafo que a continuación se transcribe del folio 53057:

La preocupación y llevanza del patrimonio de Felix Secundino desde su organización empresarial queda de nuevo acreditada a través del correo electrónico intervenido en el sistema informático de DVA al ser almacenado en formato html enviado por el propio Felix Secundino (DIRECCION009 < DIRECCION010 >) el lunes 05.04.04 a las 19:20 horas a la dirección DIRECCION011 < DIRECCION012 > bajo la referencia "TAREAS-DEBERES" en el que, entre otras cuestiones del despacho, se actualiza la referencia del archivo anterior "FAMILIA Fermin Hilario . Re: Patrimonio familiar, control de cuentas y descripción de DVA Abogados". Siendo especialmente significativas a los fines de la presente investigación las "notas" puestas por el abogado respecto a la forma de dividir el patrimonio familiar en caso de separación matrimonial:

Como anteriormente se indicó, y puede leerse, la única relación del hallazgo de un correo electrónico se establece con "el sistema informático de DVA", sin indicar en qué disco concreto se encontraba, de modo que, por más que la representante del Ministerio Fiscal hubiese llegado a averiguar qué disco lo contenía, es preciso colegir que el acceso no estaba al alcance de las defensas, ni siquiera de este Tribunal.

Esa misma circunstancia no es aislada sino que se da en otros casos. Así, en el trámite de la documental, la Abogacía del Estado citó cierto documento informático por medio de la mención del folio que contiene la ruta. Pues bien, ese folio, el 7876, forma parte de un informe policial y literalmente dice lo que sigue:

D. 21. TORTOSSA CORPORATION.

El 22/10/9882 Bartolome Felicisimo , de nacionalidad marroquí, con domicilio en PLAZA000 , Apto. 1111, P. Banús, Marbella, NIE NUM186 vende a Felix Secundino , en representación de la entidad norteamericana TORTOSSA CORPORATION, con domicilio en Corporation Trust Center, 1209 Orange Street, Wilmington, New Castle, Delaware, Estados Unidos de América, los inmuebles:

Conjunto Residencial Medina Garden, Nueva Andalucía, Marbella:

-Portal NUM187 , Planta NUM187 , Puerta NUM109 ; -Portal NUM188 , Planta NUM189 , Puerta NUM131 , Tipo NUM103 .

El precio de venta es de 8.400.000 Pesetas, habiéndose pagado 5.400.000 anteriormente al contrato, en efectivo y en la firma del contrato 3.000.000 Pesetas.

Como puede verse, la ruta "SANDRA.doc" no identifica el disco que lo contiene(De entenderse que es el disco "DVA Sandra. Planta Alta" que figura relacionado en el folio 5047, habríamos de colegir por lo que más adelante se dice que tampoco fue entregado a

la defensa de Felix Secundino).

El defectuoso conocimiento del contenido de los discos se puso aún más de manifiesto en la sesión del día siguiente, en el que este Tribunal, por haberlos solicitado para evitar indefensión, contó con los medios y la asistencia de un técnico para la apertura de los discos que interesaban. Ese día, en efecto, se procedió a la apertura de una caja que contenía determinados discos duros y a la conexión a un ordenador de los originales de dos de ellos:

-el primero, el numerado WMA8C3640535, que resultó ilegible. Según el técnico informático que auxilió para tal labor, ello pudo deberse al tiempo transcurrido o a una problema de compatibilidad con el sistema operativo del ordenador que se estaba utilizando;

-el segundo disco que se conectó fue es el que figuraba con el título "Victoria. Planta baja" y tiene el número 5KB03C1E. Ambos discos aparecían en sobres color sepia con cinta celo de la policía, que tapaban los sellos del Juzgado.

El segundo disco sí se abrió, mostrando como última fecha de apertura la del 20-5-04, a las 17,12 horas.

La representante del Ministerio Fiscal no solicitó que, en lugar del original del primero, se abriera su "clon". Dentro de éste, que se abrió por orden del Presidente del Tribunal, apareció un archivo protegido con contraseña que, según manifestó el funcionario de la AEAT NUM097 , él sí conocía y que no fue revelada antes, lo que ponía de manifiesto que, oficialmente, nunca pudo la defensa tener conocimiento de este archivo.

Posteriormente, en el trámite expresamente dedicado a la prueba documental, pretendería el Ministerio Fiscal que se diese lectura al referido archivo encriptado previa su apertura por medio de la clave que su representante dijo conocer, lo que fue denegado por el Tribunal afirmando -véase acta de la sesión de 22-1-10- "que no cabe admitir como documentos archivos cuyo contenido no ha podido ser conocido con anterioridad y de los que, consiguientemente, nunca se pudo conferir traslado, ni siquiera en el particular trámite con que este Tribunal evitó la devolución de la causa al Juzgado Instructor. Como este Tribunal ha venido reiterando a lo largo de la causa, y habida cuenta el tratamiento de los mismos en este concreto caso, por más que los documentos formen parte de las piezas de convicción, el mero acompañamiento físico al proceso no los hace parte de éste si no han podido ser introducidos en él, enterando de su existencia y contenido a todas las partes o, al menos, haciendo posible ese conocimiento.

Constando que esa posibilidad no existía dado que la clave de apertura de los archivos no figura incorporada a la causa, es de rigor considerar que nunca aquellos han pasado a formar parte de la misma, por más que físicamente y de modo incompleto, se encontrasen entre sus piezas de convicción". En ese mismo trámite pretendió el Ministerio Fiscal introducir por medio de determinada fórmula todos los documentos informáticos.

Para ello, y en lugar de referirse al documento en concreto y al disco en que se encontraba, indicó los folios, ya citados, 4960 a 4977 (Tomo 14), esto es, las actas de volcado de 7,11,12,13,15,18 y 20 abril de 2005, entendiendo que la cita del disco comprende todo su contenido. (Este mismo procedimiento utilizó también para los documentos en papel refiriéndose de manera genérica a las actas de registro, a las que dejaban constancia del "embridado" por parte del Juzgado y a los oficios de la

policía en que se entregaba determinada documentación).

Siguiendo la misma línea de actuación, citó también el Ministerio Fiscal una relación hecha por la policía de documentos informáticos hallados en el despacho DVA en Benissa, Alicante, contenida en los folios 7894 a 7896 sin que se indicase dónde se encontraban esos documentos ni, consiguientemente, se comprobase la realidad de su existencia.

Este mismo modo de proceder fue empleado por la Abogacía del Estado que, en igual trámite, citó los folios 8395 y siguientes, que contiene otra relación de documentos informáticos de interés de los registros en las sedes de DVA en Benissa y La Zenia. Como igualmente se comprueba, no se indica en ella la exacta localización de los documentos. Dado que en el mismo trámite de documental, tanto el Ministerio Fiscal como la Abogada del Estado solicitaron la apertura de ciertos discos para hacer valer ciertos documentos informáticos, es de rigor colegir que las genéricas referencias a los mismos ponían de manifiesto la ignorancia de su exacta ubicación.

Esta estrategia es, en opinión de este Tribunal, equivocada. Como tuvimos ocasión de exponer en la sesión de 22-11-10 cuando se decidió respecto al modo de proceder respecto a lo documentos y papeles, "... por lo que hace a la práctica de la prueba documental en el acto del juicio oral debe distinguirse entre los documentos propiamente dichos y las pruebas o diligencias sumariales documentadas (*STS núm. 914/2000 (Sala de lo Penal), de 30 mayo*).

Los primeros, aparecen únicamente referidos en el*artículo 726 LECrim*cuando determina que «el Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir

al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad», de forma que con independencia de que se proceda a su lectura en el juicio oral, el Tribunal tiene la obligación de su examen directo como señala el artículo mencionado más arriba. Se trata de una raquítica regulación que plantea la cuestión de si cualquier documento, por el hecho de acompañar a la causa, debe ser examinado por el Tribunal aunque ninguna parte haya hecho uso de él, bien durante los interrogatorios, bien en este trámite en que nos encontramos.

Hemos de entender, conforme a lo que ahora se dirá, que ello no basta. En caso contrario, no se habría suscitado nunca la cuestión relativa a la fórmula que debe emplearse para indicar que una parte quiere hacer uso de una prueba documental, que la otra parte conoce o ha podido conocer. Y en concreto las conocidas "por reproducida" o "por leída" (*STS núm. 33/2008, de 29 enero*).

¿Cuál es la fórmula válida?

El *art. 730 LECrim* no es exactamente aplicable al caso, aunque pueda recurrirse a él analógicamente, pues está previsto para la práctica de pruebas de investigación desarrolladas en el sumario, que no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

En cualquier caso, la fórmula ritual "por reproducida" referida a una prueba, ha sido reprobada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, siguiendo directrices jurisprudenciales del T. Europeo de Derechos Humanos (Caso Mesegué-Jobardo: 6-12-88 [TEDH 1988, 1]), si con tal formalismo se pretende solapar o encubrir determinados elementos probatorios que deben perjudicar a otra parte y ésta no tiene perfecto conocimiento de los

mismos, todo ello en evitación de cualquier menoscabo del principio acusatorio y del derecho de defensa.

Por ello, más que el empleo específico de la fórmula retórica ("por reproducida"), de lo que se trata es de que la prueba documental esté propuesta de forma precisa indicando los documentos de los que pretendía valerse la parte, y la otra parte fuera conocedora en todos sus detalles de la prueba propuesta, con plenas posibilidades de atacarla y combatirla.

1-que la fórmula «por reproducida» es, en principio, insuficiente, pues es preciso que se garantice a las partes la debida contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense.

2-que, por la misma razón, la vía indirecta del *art. 726 de la LECrim* puede también ser insuficiente en tanto el que se imponga al tribunal la obligación de examinar por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad, no quiere decir que cualquier documento obrante en la causa, por el hecho de tener tal naturaleza jurídica, pueda ser utilizado en contra del reo con el mero examen del mismo, de oficio, por parte del tribunal en el momento del dictado de su sentencia, sin límite alguno por su lado y sin que las partes puedan ya hacer u opinar nada sobre el particular.

Al hacer uso discrecional de tales posibles documentos innominados (por las partes) que pudieran existir en la causa -para fundamentar una sentencia condenatoria-se estaría volcando la balanza de la necesaria imparcialidad del tribunal a favor de una de las partes -la acusación-en detrimento de la otra -la defensa-.

El*art. 726 LECrim* tiene un valor más bien accesorio o complementario de otras pruebas directas practicadas con todas sus garantías en el acto del juicio oral en relación a aquellos extremos concretos sobre los que se pretende asentar una condena penal, pero no sirve para dictar dicha condena si los documentos, libros, papeles y demás piezas de convicción no han tenido acceso al acto del plenario en condiciones que garanticen adecuadamente aquellas reglas básicas del juicio oral antes dichas.

Dicho precepto del 726 es, en definitiva, un instrumento válido para ayudar a formar la correcta convicción del tribunal pero no es mecanismo procesal válido que pueda utilizarse para configurar por sí solo una prueba de cargo (aunque sí cabría utilizarlo a favor del reo).

De todo ello se sigue que lo que importa es que el documento quede clara e inequívocamente de manifiesto para que pueda ser contradicho.

Conforme a la*STS núm. 483/2004, de 12 abril*, lo que se trata de proteger es el derecho de defensa del que la contradicción es una de sus principales manifestaciones, de suerte que éste no estará suficientemente

Conforme a la*STS núm. 483/2004, de 12 abril*, lo que se trata de proteger es el derecho de defensa del que la contradicción es una de sus principales manifestaciones, de suerte que éste no estará suficientemente garantizado si el contenido de la prueba practicada en instrucción no accede al debate procesal que se celebra en el juicio oral para que las partes puedan contradecir su contenido. Pero esa presencia no sólo se consigue a través de la lectura de la prueba documental o

documentada, sino que otros medios pueden servir al mismo fin. Así, cuando a través del interrogatorio de acusados y testigos se pone sobre el tapete procesal el contenido de las pruebas documentales en cuestión, éste se encuentra ya presente y en condiciones de ser contradicho, pudiendo en tal caso ser valorada aquélla por el juzgador, una vez garantizado el derecho de contradicción".

Dado que **había sido cuestionado el traslado de los documentos informáticos a las partes**, especialmente a la defensa de Felix Secundino, el Ministerio Fiscal hizo valer en fase de documental las actas de entrega de los discos duros de los ordenadores a dicha defensa.

Concretamente citó el folio 3023 (Tomo 9), que contiene la siguiente diligencia:

ACTA DE ENTREGA.- En Marbella a siete de abril de dos mil cinco. Teniendo a mi presencia a la Procuradora Sra. Gonzalez de Hoyos le hago entrega de copia de los dictos duros relacionados en el acta de fecha 7 de abril, un disco con la copia de dos pendrives, y copia del Western digital, no haciendole entrega de copia del disco Seagate por estar roto, también se le entrega copia del figurado en acta 1 de abril, disco num. 7, del volcado de fecha 5 de abril que figuran relacionados en el acta se le hace entrega de todos, y del acta de fecha 6 de abril se le entregan también todos, y en constancia de su recibi firma conmigo, doy fe.

El acta de 7 de abril a que se hace referencia es, claro está, la de volcado de la información.

Igualmente mencionó el folio 3457

(Tomo 10), que contiene, con igual referencia a las actas de volcado, esta otra:

Asimismo, se refirió a la que obra en el folio 5047 (Tomo 14), redactada en similares términos que las anteriores y que hace referencia al acta de volcado de 15-4-05.

La diligencia tiene en este caso especial relevancia. En efecto, conforme a su redacción, parece que lo entregado son todos los discos duros relacionados en el acta de volcado de 15-4-05 y, además, los demás específicamente indicados en ella. Sin embargo, dado que éstos otros forman parte de todos los relacionados en el acta de 15-4-05, hay que preguntarse si lo realmente entregado no fue sino estrictamente los discos relacionados. Pues bien, si se observa en la relación unida al acta veremos una anotación a mano ("sí"), lo que en buena lógica apoya esta segunda interpretación.

Véase la diligencia y la relación unida con las referidas anotaciones:

ACTA DE ENTREGA.- En Marbella a trece de mayo de dos mil cinco. Teniendo a mi presencia da la Procuradora Sra. Gonzalez de Hoyos le hago enrega de copia de los dicos duros relacionados en el acta de fecha 15-4-05, le entrego cipia del disco MAXTOR, DVA. Mari Carmen Planta Alta, SEAGATE, DVA. Angeles planta alta, SEAGATE, DVA Juanita planta alta, SSAMSUNG DVA. Mariela Planta alta, WESTERN DIGITAL DVA Liliana planta alta, SSAMSUNG DVA. Mariela Planta alta, WESTERN DIGITAL DVA Liliana planta alta, SEAGATE DVA, Anna planta alta, SEAGATE DVA Gema planta alta, de la oficina de DVA sota en C/ Ramon Gomez de la Serna, 8 y en constancia de su recibo firme conmigo, doy fe.

MARCA DISCO ORIGEN ; MOD DISCO ORIGEN ; CAPAC IDAD D. ORI ; N° SERIE ORIG ; OBSERVACIONES

WESTERN DIGITAL ; WD1200 ; 120 GB I ; WMA8C3640535 ; DVA-Fernando, Planta Baja.

FUJITSU ; MPC3032AT ; 3,2 GB ; 05286167 ; DVA-Estela, Planta Baja

SAMSUNG ; SV4002H 40 GB ; 0379J1ERC24877 ; DVA-Estela, Planta Baja.

QUANTUM ; FIREBALL ; 30 GB ; 653033243243 ; DVA-Eva, Planta Alta.

MAXTOR ; DIAMONDMAX ; 40 GB ; NAR61EA0 ; DVA-Mari Carmen, Planta Alta.

SEAGATE ; ST380022A ; 80 GB ; 3KB0GH0E ; DVA-Sandra, Planta Alta.

SEAGATE ; ST320413A ; 20 GB ; 7ED2X5AL ; DVA-Angeles (Susasno Olmedo), ; Planta Alta.

SEAGATE ; ST3160021A ; 160 GB ; 5JS02TX2 ; DVA-Juanita, Planta Alta.

SAMSUNG ; SV4002H ; 40 GB ;

0379J1ERC24153 ; DVA-Rocio, Planta Alta.

SAMSUNG ; SV4002H ; 40 GB ; 0379J1FRC70011 ; DVA-Mariela, Planta Alta.

WESTERN DIGITAL ; WD1600 ; 160 GB ; WMAES1201472 ; DVA-Liliana, Planta Alta.

SEAGATE ; ST380022A ; 80 GB ; 5KB03QTY ; DVA-Anna, Planta Alta.

SEAGATE ; ST340810A ; 40 GB ; P/N 100188744 ; DVA-Gema, Planta Alta.

SEAGATE ; ST340014A ; 40 GB ; 3JX4M2Y4 ; DVA-Margarita, Planta Alta.

SEAGATE ; ST380022A ; 80 GB ; 5KB0AWXW ; DVA-Carolina, Planta Alta.

Conforme a lo que decimos, los discos correspondientes a los ordenadores "DVA-Fernando. Planta Baja", "DVA-Estela.Planta Baja" (dos) y DVA-Eva. Planta Baja", cuyo volcado fue realizado el 15-4-05 (folio 4971), no fueron entregados a la defensa de Felix Secundino .

Y es ello en principio importante porque el primero de esos discos fue uno de los que se quiso hacer uso el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado en la sesión de 20-10-10 a propósito de los hechos

supuestamente constitutivos de delitos fiscales. Como ya dijimos, el original no pudo ser abierto y a iniciativa del Presidente del Tribunal se procedió a la apertura de su copia, en la que se contenía el archivo encriptado anteriormente mencionado.

Por lo que respecta al disco del ordenador "DVA-Victoria. Planta Baja", cuyo volcado se hizo el 13-4-05 (folio 4969), aparece expresamente documentado en acta de fecha 20-4-05 que no se hizo entrega a la defensa. Véase, en efecto, los términos de dicha acta obrante al folio 3587 que fue expresamente citado por la Abogacía del Estado en el trámite de documental:

ACTA DE ENTREGA.- En Marbella a veinte de abril de dos mil cinco. Teniendo a mi presencia a la Procuradora Sra. Gonzalez de Hoyos le hago entrega de copia de los discos duros relacionados en el acta de fecha 131-4-05, excepto el reseñado como TAXCONTRON MONTANA, DVA-ANA, PLANTA ALTA, DVA-BEATRIN PLANTA BAJA, DVA-VICTORIA PLANTA BAJA Y DVA- INMA PLANTA BAJA y en constancia de su recibo firma conmigo, doy fe.

Pero además, en ese trámite específico de prueba documental que tuvo lugar en la sesión de 16-11-10, por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado se designaron 4 discos de interés para las acusaciones. Fueron los siguientes:

1-pieza de convicción 18/08, disco "DVA Fernando" n° serie WMA83C40535 original;

2-pieza de convicción 387/08, copia del anterior;

3-pieza de convicción 18/08,

Estela nº 05286167 y

4-pieza de convicción 121/08, Victoriano Demetrio . Nº "Barracuda 3JTCOYWAU"

Como se ve, tanto el primero -y su copia-como el tercero no estuvieron a disposición de la defensa de Felix Secundino sin que quepa sin más entender, como en algún momento se insinuó, que dado que se trataba de elementos informáticos de su propia oficina, debía conocer su contenido pues resulta meridianamente claro a la vista de la inexistencia de excepciones en la letra del *artículo 784 de la LECRim*, que la vinculación por razón extraprocesal de los acusados con las piezas de convicción no exime de su traslado a sus respectivas defensas.

En cuanto al 4º, no consta en ninguna de las actas de entrega de los discos a la defensa que el Ministerio Fiscal citó, que hubiese sido entregado a la defensa de Felix Secundino .

Como se recordará por la mención de lo sucedido en la sesión de 20-10-10, el primero de los discos no pudo ser abierto, procediéndose a la de los otros tres. Tanto el Ministerio Fiscal como la Abogacía del Estado señalaron entonces los documentos que de cada uno interesaron, obteniéndose una copia que fue guardada en una carpeta abierta al efecto (al nombre original del documento se antepuso un número, siguiendo el orden de apertura, más las iniciales AE si eran designados por la Abogacía del Estado).

En este trámite el Ministerio Fiscal mencionó un documento cuya ruta resultó equivocada por lo que se abrió una carpeta en la que se guardaron documentos con el nombre "Ruiken", parte del nombre del

mismo, documentos que finalmente no resultaron ser los pretendidos por la acusación.

Sts 5-12-2012

DECIMO SEPTIMO: Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* , y del *art. 852 LECrim* , por cesión de los derechos fundamentales a la proscripción de la indefensión, al proceso con las debidas garantías y asimismo a la presunción de inocencia, todos ellos garantizados en el *art. 24 CE* , en relación con los documentos informáticos valorados como prueba para sustentar la condena por delito fiscal.

En el motivo se sostiene la imposibilidad de valorar como medio de prueba determinados documentos procedentes de archivos informáticos puesto que como la propia sentencia reconoce no fueron introducidos en el plenario en el motivo procesal oportuno y sin que hasta el tardío momento en el que se incorporaron mediante su impresión en papel hubiera tenido la parte acceso a los mismos, ni pudieran ser analizados por sus peritos y tomados en cuenta en la elaboración del informe presentado.

En el desarrollo del motivo alega:

I).-La falta de traslado a las defensas de la documental utilizada por los investigadores: archivos informáticos incautados en los registros y la documentación bancaria.

1. Como ya ha expuesto con anterioridad reitera que la documentación que fue incautada

en los registros y que se obtuvo de las bases de datos de la AEAT y de las entidades bancarias, pudo ser consultada y analizada por los miembros del auxilio judicial durante varios años y jamás estuvo en la sede del Juzgado instructor a disposición de las defensas, lo que fue puesto de manifiesto por las partes en escritos de 7.3.2006 y 20.3.2007.

Proceder que revela la desigualdad que ha existido durante todo el procedimiento entre partes acusadoras y defensas.

2.- Vulneración del principio de igualdad que se produjo, pese al traslado que fue concedido por la Audiencia en el juicio oral:

a)Así, respecto a los archivos informáticos que se incautaron en la entrada y registro de la entidad DVA, la parte, pese a su solicitud reiterada, solo se le entregó durante la instrucción copia de parte de la información contenida, existiendo varios discos, cuya información nunca se entregó al recurrente. En concreto los correspondientes a los ordenadores "DVA - Benedicto Hector . Planta Baja, DVA. Beatriz Daniela . Planta Baja (dos) y DVA. Eva. Planta Baja", cuyo volcado fue realizado el 15.4.2005. El disco del ordenador "DVA. Victoria. Planta Baja, cuyo volcado se hizo el 13.4.2005 y los discos DVA. Benedicto Hector nº serie NUM135 , Beatriz Daniela nº NUM136 , y el disco Carlos. Baos nº Barracuda NUM137 , no estuvieron a disposición de la defensa de Benedicto Hector .

b) Y respecto a la información bancaria fue entregada de forma telemática en el juzgado y por este a los investigadores pero nunca se entregó a la parte y solo pudo ser obtenida, en parte, como prueba anticipada, una vez iniciado el juicio.

II).- La sorpresiva y tardía utilización por las acusaciones de los archivos informáticos, cuyas rutas de acceso solo eran conocidas por los investigadores y por las acusaciones, de modo que el recurrente no pudo contestar sobre el contenido de algunos de los documentos informáticos, pues no se disponía de los mismos y además el informe que las acusaciones tenían no se correspondía con el que estaba incorporado a las actuaciones, al que faltaban las indicaciones sobre las rutas y que era el único del que disponían las defensas y el Tribunal.

III).- La obtención de documentos a instancias del Presidente del Tribunal de una copia de un disco cuyo contenido no se encontraba debidamente protegida.

Cuestiona la cadena de custodia de los dos dispositivos informáticos que se abrieron y que los documentos se obtuvieron de una de las copias de trabajo utilizadas por la Policía, pues el original no pudo abrirse.

IV).- La aceptación de determinados archivos como medio de prueba vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido y el derecho de defensa de la parte.

Discrepa del criterio de la Sala de permitir la utilización como medio de prueba de los documentos que fueron exhibidos o impresos en las sesiones de 20.10 y 16.11.2010, y no solo por la extemporánea solicitud de apertura y exhibición, dado que los acusados ya habían declarado y se trataba de archivos que se encontraban en discos que ni durante la instrucción ni en el juicio oral, fueron entregados a la parte, como lo reconoce la sentencia respecto del disco "DVA. Benedicto Hector . Planta Baja".

De otro lado, los documentos informáticos que fueron abiertos e impresos por primera vez en el trámite especifico de prueba documental el 16.11.2010, ninguno de ellos estuvo a disposición de la defensa del recurrente.

Asimismo cuestiona la justificación del Tribunal para admitir esos documentos por no ser racional ("esos documentos constituyen una ínfima parte y su volumen es mínimo, instruirse de su contenido no representaba mayor dificultad..."), la defensa no era ajena a su existencia dado que, aunque sin mención de ruta informática, sí se hacia referencia a los informes antes mencionados, y también las defensas han venido señalando documentos de los que servirse fuera del tiempo establecido en el auto de 22.3.2010.

Reitera que no tuvo oportunidad de ser interrogado sobre los mismos, que tampoco los peritos de la defensa los conocieron al elaborar el informe, que sin indicación de la ruta informática no era posible localizarlos, y que el día de la celebración del bloque correspondiente al delito fiscal, las acusaciones en sus escritos previos no manifestaron que fueran a utilizar como medio de prueba los documentos informáticos en cuestión. Y concluye que la decisión de la Sala de admitir la validez como medio de prueba de los documentos informativos que se extrajeron de discos duros de los que la parte no había tenido acceso y que fueron utilizados para atribuir determinadas rentas al recurrente al afirmar su supuesta titularidad y para obtener determinados datos económicos, debe ser revocada, con la consiguiente absolución del delito fiscal.

Cuestión previa.

Como ya expusimos en el análisis del motivo primero del presente recurso la efectiva

vigencia del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo o a un proceso con todas las garantías en los términos del *art. 24.2 CE*. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su practica y en lo que se refiere en concreto a la defensa, le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos a que en juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye su valoración por parte del Tribunal.

Por ello se insiste en que la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y de evitar limitaciones en la defensa que puedan generar indefensión, prohibida por el *art. 24.1 CE*, lo que reclama un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional para garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa en las distintas fases e instancias del proceso.

No obstante deben realizarse algunas precisiones, por cuanto no es preciso la contradicción sea efectiva en el momento de la practica de la prueba sumarial, pues cumplir tal exigencia no siempre es, legal o materialmente, posible. Es la posterior posibilidad de contradicción en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que conforme a las previsiones legales haya podido observarse en la fase sumarial (*SSTC. 105/2002 de 22.7*, *206/2003 de 1.12*).

En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando "aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa" (*STC 187/2003 de 27.10*).

En el caso presente la documentación intervenida en los registros del Despacho DVA, desde que se entregó por los funcionarios de la policía judicial en el juzgado, estuvo a disposición de las partes, al menos desde que se levantó el secreto de sumario (*art. 30.2 LECrim*, "las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento").

En efecto La jurisprudencia ha abordado en numerosas ocasiones el tema relativo al secreto de sumario, *SS. 1179/2001 de 20.7*, *296/2007 de 15.3*, entre otras, recordando que: "....Solo desde el reconocimiento del carácter de la instrucción penal como fase preparatoria del Juicio Oral, pueden comprenderse una serie de características que pueden ser opuestas a las que rigen el Plenario.

Entre otras, podemos citar como características de la fase de instrucción:

a) El carácter escrito de esta fase de instrucción opuesto a la oralidad e inmediación que tiene el Plenario exige el *art. 120 de la Constitución*.

b) La competencia funcional diferenciada entre una y otra fase --instrucción y plenario--, de suerte que en la fase de Plenario intervengan Jueces imparciales diferentes de aquél que haya efectuado la instrucción, pues por ello, puede haber perdido la imparcialidad --basta la apariencia de su pérdida--, también aquí podemos citar la previsión de la LECriminal cuya Exposición de Motivos se refiere al "....Tribunal extraño a la instrucción....".

c) Y con especial relevancia para la denuncia efectuada, el secreto de las actuaciones de instrucción, se justifica, precisamente por la naturaleza puramente preparatoria pero no enjuiciadora de la instrucción. Por ello el art. 301 establece el principio general de secreto del sumario, y el art. 302 prevé dicho secreto incluso para todas las partes personadas, excepto el Ministerio Fiscal.

La actual redacción del *art. 302 es consecuencia de la extensión del principio acusatorio al sumario, de suerte que si por virtud del art. 118* --*modificado, al igual que el 302, por la Ley 53/78 de 4 de Diciembre*-- desde el mismo momento de la imputación puede ejercitar toda persona el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, adelantando al momento del traslado de la imputación lo que en el sistema original de la *LECriminal se situaba en el procesamiento, paralelamente, este mayor protagonismo tiene como límite que dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación, y por ello se arbitra la posibilidad de declararlo secreto para las partes en el art. 302*, que no es sino una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación, entendiendo por tal la sospecha de haber participado la persona concernida en la comisión de un hecho punible, sin que como se recuerda en la *STC 152/93 de 3 de Mayo*, pueda retrasarse el momento de la imputación.

Ciertamente que la posibilidad de declarar secreto el sumario, como toda norma limitativa de derechos fundamentales, debe ser interpretada de forma restrictiva, y por tanto efectuarse el correspondiente juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción con la generosidad y amplitud que le reconoció la reforma del citado artículo 118 ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática, pues no debe olvidarse que la realización de la justicia constituye uno de los valores

superiores del ordenamiento jurídico -- *art. 1 C.E.*--, por lo que es preciso establecer precauciones de salvaguarda cuando la intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias, manipulaciones u obstaculizaciones de investigación con riesgo de frustrar sus objetivos --en tal sentido *STS de 19 de Octubre de 1995*--".

Por ello la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta las circunstancias del caso y la finalidad de evitar rápidas reacciones defensivas con posible destrucción de pruebas, y que no cabe exigir el respeto escrupuloso de unos plazos pensados para la generalidad de los casos, especialmente cuando el acusado conoció con la debida antelación, respecto del juicio oral, cuanto podía perjudicarle y pudo preparar su defensa con todas las garantías; y el *Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/2001, de 26 de julio*, recuerda que la posible vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de que se hubiese acordado el secreto del sumario, como *este Tribunal declaró en la STC 176/1988, de 4 de octubre*, haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto*y otros, y *Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter*), y en concreto respecto el derecho al proceso público reconocido en el *art. 24.2 de la Constitución*, en el *art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, y en el *art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, "al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad". La publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (*STEDH 8*

*de diciembre de 1983, caso Axen). La*publicidad de las actuaciones judiciales constituye, por su parte, un principio constitucional, que aparece recogido en el *art. 120.1 CE*con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones. Este es el caso de la legislación procesal penal, que parte de que el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas "que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento" (*arts. 301*, *302 LECr.*), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, "por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario". Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el *art. 302 LECr.*, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto. La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal (*STC 176/1988, de 4 de octubre*), ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla (*STC 176/1988*); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (*STC 176/1988*), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" (*STEDH de 18 de marzo de 1997, caso Foucher*). De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas

preconstituidas, pues, como hemos declarado de forma reiterada (entre muchas, *SSTC 62/1985, de 10 de mayo*, *137/1988, de 7 de julio*; *182/1989, de 3 de noviembre*, *10/1992, de 16 de enero*, *200/1996, de 3 de diciembre*, *40/1997, de 27 de febrero*, *49/1998, de 2 de marzo*, *7/1999, de 8 de febrero*), la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción. Añade el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes reseñada, que a la luz de esta doctrina ha de negarse que se haya producido al recurrente ninguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión debido a las irregularidades, presuntamente cometidas, en la forma en que se acordó la prórroga del secreto del sumario, debido a su duración y al hecho de que en todo el período no se dictara ninguna resolución judicial justificativa del mismo, pues ninguno de estos datos tienen relevancia constitucional en sí mismos considerados en el marco del derecho invocado. Si la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir "que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos" (*STC 176/1988, de 4 de octubre*), no puede sostenerse que el secreto del sumario fuera acordado en el caso analizado sin una ponderación razonable de su necesidad. De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el Juez de Instrucción y dirigida la investigación sumarial por el propio Juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial. A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye, en este caso, un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales (*art. 302 LECr*.) que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues, como hemos afirmado en múltiples ocasiones, y reiterado en la *STC 87/2001, de 2 de abril*, la infracción de las normas

o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa y definitiva de las posibilidades de defensa.

En definitiva, si las leyes procesales han reconocido la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa y evitar que puedan producirse contra él, aún en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión. Pero la materialización de esa indefensión exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado, pero no cuando éste conoció la existencia del proceso y las imputaciones contra él existentes, una vez levantado el secreto del sumario, en un momento en el que podía preparar su defensa y ejercerla sin ninguna limitación contestando al escrito de acusación, proponiendo las pruebas que estimó pertinentes y sometiendo a contradicción las pruebas de la acusación en el juicio oral. En este sentido la *STC. 26.7.2001*tiene establecido que el secreto no se estima anticonstitucional si permite diferir el conocimiento de las actuaciones en la fase de juicio posterior y siempre que las partes tengan conocimiento de lo actuado antes de su celebración y para poder defenderse en debida forma por lo que ha de ponderarse cada caso concreto, no pudiendo partirse de manifestaciones genéricas de indefensión si no se concretan en situaciones de indefensión material producidas en la realidad. La contradicción así quedaría salvada con el expuesto conocimiento y crítica previas.

Por tanto, la declaración del secreto del sumario de conformidad con el *art. 302 LECrim*, no resulta en sí misma limitativa del derecho a un proceso público, sino a los sumo del derecho de defensa (*STC. 100/2012 de 6.5*), y tan solo está adoptando una decisión con base a la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales

que se lleven a cabo en el periodo en el que el sumario permanece secreto (*STC. 174/2000 de 26.7*).

En el caso analizado, el recurrente por medio de escrito de 20.3.2007, solicitó el traslado completo de las actuaciones pero referido a la documentación - carpetas- no a los soportes informáticos, y el instructor por providencia de 16.4.2007 (folio 46.735), contestó que la documentación y las bridas con los expedientes intervenidos, estaban en el juzgado y podían ser examinados por la parte interesada. Es cierto que a la petición de 30.1.2009, no tuvo respuesta adecuada y que el tramite previsto en el *art. 784.1 LECrim*, de traslado de las actuaciones para formular el escrito de defensa, no se cumplimentó en la forma preceptuada -tal como se ha explicitado en el análisis del motivo primero- pero tal omisión constitutiva de una irregularidad procesal no produjo indefensión material constitucionalmente relevante, al ser subsanada por el auto de 22.3.2010 resolutorio de las cuestiones previas en el que se acordó suspender el juicio y "conceder a las defensas el plazo que media hasta el día 23 de abril para examinar la documentación remitida como piezas de convicción". Plazo, por tanto, en el que el recurrente pudo instruirse de los documentos, tal como razonó *la Sala de instancia en el segundo auto de cuestiones previas de 4.5.2010*, al indicar "supuesto el examen de los documentos por quienes han querido hacerlo, nada ha impedido el señalamiento de los que pudieran tener relación con sus respectivos intereses, lo que ha permitido -curiosa y especialmente en el caso de la defensa que hace la denuncia- refiriéndose al Sr. Benedicto Hector digitalizarlos" para, a continuación, afirmar "a partir del momento en que fue levantado el secreto del sumario hubo oportunidad de denunciar esos defectos de que habla la parte, reclamando si así se considera necesario, el examen de los soportes informáticos, que ahora, de manera también novedosa, se piden".

Respecto a las consideraciones que se realizan con carácter general sobre las circunstancias relacionadas con **la imposibilidad de acceso, durante la**

instrucción de esta causa, por parte de las defensas, a los archivos informáticos incautados en los registros practicados, que después servirían de base para la elaboración de los informes policiales, y del perito de la Agencia Tributaria, cabe decir que dichas circunstancias han sido reconocidas efectivamente por el Tribunal sentenciador que dedica precisamente a esta cuestión el fundamento jurídico sexto de la sentencia dictada, y también el apartado primero del fundamento de derecho vigésimo quinto, que es el dedicado al delito fiscal. Precisamente porque ello es así, y no se ha permitido, como dice el Tribunal, someter tales archivos informáticos a una auténtica contradicción, porque de ellos nunca se dio el debido traslado a la partes, veremos a lo largo de esta resolución como para estimar acreditado la mayoría de las afirmaciones contenidas en tales informes, el Tribunal sentenciador ha valorado otros elementos probatorios obrantes en el procedimiento.

Entre éstos se encuentran precisamente los documentos a los que alude el recurrente en este motivo de su recurso, que corresponden a la impresión o edición de algunos de los archivos informáticos mencionados, que sí pudieron ser localizados a instancia de las partes acusadoras, que señalaron los datos necesarios a estos efectos, y que, como decimos, fueron impresos o editados durante la sesión de juicio oral del día 20 de octubre de 2010, y también durante la sesión reservada al trámite de la prueba documental del día 16 de noviembre del mismo año.

Su valoración, frente a las afirmaciones que se hacen por el recurrente, no ha vulnerado su derecho a un proceso público con todas las garantías, ni a la presunción de inocencia, como tampoco le ha provocado una indefensión material; compartiéndose sobre el particular las consideraciones que se realizan en la sentencia dictada.

Independientemente de cuáles sean las conclusiones que, a la vista de su contenido, se

extraigan finalmente en dicha resolución, y que examinaremos con detalle, para concluir si pueden inferirse de una forma lógica y racional, su localización y edición en los momentos procesales ya indicados no ha causado al recurrente la indefensión material que denuncia.

Como señala la sentencia dictada, y veremos con más detalle en los siguientes fundamentos de derecho de esta resolución, basta partir del contenido del informe pericial presentado por los peritos de la defensa, que resaltamos porque lo hace el recurrente, para concluir que éstos, independientemente que no pudieran acceder materialmente entonces a algunos de los archivos informáticos después editados, y en los que se basó, particularmente, el perito de la Agencia Tributaria, sí conocieron en todo momento su contenido, precisamente por la descripción que de ellos hacía este último, hasta el punto que, como luego veremos más detenidamente, incluso presentaron documentación contable destinada a explicar algunos de los datos que dicho perito había extraído de tales archivos, relativos tanto a movimientos financieros entre determinadas sociedades, como a la relación del recurrente con ellas. Además, con posterioridad, y en el trámite de la prueba pericial, pudieron ser interrogados al respecto a la vista de los documentos ya editados en ese momento, que por otro lado, como señala la sentencia recurrida, eran de una complejidad muy limitada, permitiendo al recurrente una instrucción suficiente de los mismos en el momento mismo en el que se pusieron a su disposición.

Es cierto que cuando el recurrente prestó declaración no se le pudieron exhibir los documentos en cuestión, porque ninguno de ellos había sido aún editado, pero ello entendemos que tampoco le ha provocado la indefensión denunciada.

El recurrente, como vamos a ver también a continuación, fue ampliamente interrogado sobre todos los extremos a los que aluden los documentos

informáticos editados los días ya señalados, y relativos, especialmente, a determinados movimientos de fondos entre sociedades, y a su vinculación con ellas, extremos sobre los que, como hemos dicho, habían incidido ya incluso sus propios peritos, presentando documentación al respecto.

En definitiva, como vamos a ver a la hora de examinar los documentos en cuestión, ninguna información contenían éstos de la que el recurrente no haya tenido la oportunidad de defenderse adecuadamente, de manera que su valoración por el Tribunal, al margen de la racionalidad de la misma, no ha vulnerado ninguno de sus derechos fundamentales.

4.- Para concluir, cabría hacer dos últimas consideraciones. Con relación a **dos de los dispositivos informáticos que se abrieron**, ciertamente, hizo notar el Tribunal que se hallaban en sobres de color sepia con cinta de celo de la policía, que tapaba los sellos del Juzgado; pero esta afirmación es desde luego insuficiente para cuestionarse, como alega el recurrente, su **cadena de custodia**.

La segunda consideración afecta también a **unos de los archivos informáticos que se abrieron, que no fue propiamente el original, sino, como señala la sentencia, "su clon"- p**ágina 131-. Ello tampoco genera por sí ninguna duda sobre la autenticidad de la copia que, como se desprende de la propia sentencia -página 126- y destaca el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, se realizó en su día por el Secretario Judicial en presencia del Juez; copias que además se sellaron, según relató uno de los agentes policiales encargados de la investigación- página 125 de la sentencia-, por lo que se entendió que no hacía falta huella digital o hash para protegerlos.

Ha de desestimarse pues el motivo

analizado.